



KLAGANDE

Barnmorskegruppen Mama Mia AB, 556397-4863
Karlavägen 58 - 60
114 49 Stockholm

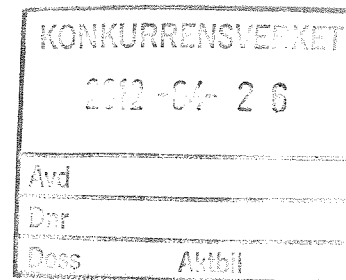
Ombud: Advokat Anna Ulfsson och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

2. Barnmorskegruppen i Göteborg AB, 556298-6157
Gullbergs Strandgata 4 A
411 04 Göteborg

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 30 januari 2012 i
mål nr 7067-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 februari 2012 upphör därmed
att gälla.

YRKANDEN M.M.

Barnmorskegruppen Mama Mia AB (Mama Mia) yrkar i första hand att den aktuella upphandlingen ska få avslutas utan att det dessförinnan gjorts någon rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Mama Mia åberopar vad bolaget tidigare anfört och tillägger bl.a. följande. Eftersom Mama Mia uppfyller samtliga skall-krav saknas grund för förkastande av bolagets anbud. Vidare kan Barnmorskegruppen i Göteborg AB (BMG) varken lida eller riskera att lida skada eftersom det bolaget självt inte har uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. För det fall kammarrätten trots detta anser att Mama Mias anbud inte uppfyller samtliga skall-krav och att BMG lidit skada, ska upphandlingen göras om. Det relevanta skall-kravet vad avser årsredovisning har – om det tolkas så som BMG har gjort gällande – varit otydligt utformat. Därmed har principen om transparens överträtts.

Förvaltningsrätten har inte bedömt Mama Mias argumentation om att bestämmelserna i 9 kap. 8 § och 11 kap. 7 § LOU tillåter anbudsgivare att komplettera anbud med årsredovisning. Förvaltningsrätten har vidare felaktigt funnit att frågan huruvida BMG lidit skada på sätt som krävs för ingripande i upphandlingen har legat utanför processramen i målet. Om Mama Mia inte tillåts argumentera i detta avseende har man inte getts möjlighet att föra talan på det sätt som angetts i HFD 2011 ref. 29 genom att fullt ut kunna försvara sig. Saken i målet är om det finns skäl för ingripande på de grunder som BMG anfört. Huruvida BMG uppfyllt skaderekvisitet är en del av denna fråga. Förvaltningsrättens syn på processramen i mål där den vinnande leverantören får talerätt skapar en obalans i tillgängliga rättsmedel, till nackdel för den vinnande leverantören. Att Mama Mias talan skulle vara begränsad av Västra Götalandsregionens bedömning av BMG:s anbud, underminerar hela syftet med att bereda Mama Mia en talerätt i förevarande situation. Detta särskilt som BMG såsom sökande leverantör inte är begränsad i detta avseende utan kan bygga hela sin talan på att regionen gjort fel bedömning av Mama Mias anbud. Om förvaltningsrättens dom skulle vinna

laga kraft hamnar Mama Mia också i ett väsentligt sämre läge än vad BMG nu befinner sig i. Till skillnad från BMG kommer Mama Mia vid ett nytt tilldelningsbeslut då att ha en lagakraftvunnen dom mot sig som anger att det finns brister i bolagets anbud och som sannolikt kan återopas av BMG om Mama Mia skulle begära överprövning av det nya tilldelningsbeslutet.

Om de brister i BMG:s anbud som Mama Mia fört fram hade prövats och konstaterats av förvaltningsrätten, hade rätten inte kunnat förordna om rättelse på sätt som nu skett. Det enda möjliga hade i stället varit att upphandlingen skulle göras om eftersom det inte funnits någon anbudsgivare som uppfyllt alla skall-krav.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten, som den 22 februari 2012 har beslutat att Västra Götalandsregionen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts, anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd i målet.

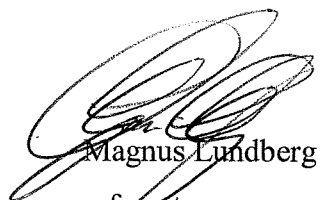
Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att frågan om i vad mån BMG:s anbud uppfyller de krav som ställts i upphandlingen inte kan prövas inom ramen för det aktuella målet. Vidare instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att det i upphandlingen uppställda kravet om att anbudsgivare till sitt anbud ska bifoga senaste balansräkning/årsredovisning inte kan anses otydligt, liksom att Mama Mia inte uppfyllt detta krav. Även i övrigt anser kammarrätten att det saknas skäl att frångå förvaltningsrättens bedömning att Västra Götalandsregionen har förfarit i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera anbudet från Mama Mia och att bristerna i anbudet inte kunnat läkas av att den senaste årsredovisningen inkommit till regionen efter anbudstidens utgång. Det har därför funnits skäl för förvaltningsrätten att förordna om rättelse.

Eftersom det därmed saknas förutsättningar att ändra förvaltningsrättens dom ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Kristina Harmsen Hogendoorn



Magnus Lundberg
referent



Berit Nilsson



SÖKANDE

Barnmorskegruppen i Göteborg AB, 556298-6157
Gullbergs Strandgata 4 A
411 04 Göteborg

Ombud: Advokaten Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPARTER

1. Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

2. Barnmorskegruppen Mama Mia AB, 556397-4863
Karlavägen 58-60
114 49 Stockholm

Ombud: Erik Olsson och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

3. Avesina AB, 556709-3652
Box 1101
581 11 Linköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Barnmorskegruppen i Göteborg AB:s ansökan på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering av anbudet, varvid anbudet från Barnmorskegruppen Mama Mia AB och Avesina AB inte får beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 4 juli 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (Regionen) har genomfört en upphandling avseende Mödrahälsovård Centrala och Västra Göteborg, dnr SN 375-2010. Av tilldelningsbeslutet den 21 januari 2011 framgår att tre anbudsgivare kvalificerade sig till utvärderingsfasen; Barnmorskegruppen Mama Mia AB (Mama Mia), Barnmorskegruppen i Göteborg AB (BMG) och Avesina AB (Avesina). Regionen beslutade att teckna avtal med Mama Mia. Vid utvärderingen rangordnades Avesinas anbud som näst bästa anbud.

BMG ansökte den 28 januari 2011 om överprövning och yrkade i första hand att förvaltningsrätten skulle besluta att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomfördes där anbuden från Mama Mia och Avesina inte fick ingå och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. BMG yrkade även att förvaltningsrätten skulle förordna interimistiskt att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats.

Förvaltningsrätten biföll i dom den 15 april 2011 (mål nr 973-11) BMG:s ansökan om ingripande enligt LOU på så sätt att rätten förordnade att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering av anbuden, varvid anbuden från Mama Mia och Avesina inte skulle beaktas. I förvaltningsrättens handläggning innehade endast BMG och Regionen partsställning.

Regionen överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten beslutade den 29 juni 2011 (mål nr 3349-11) att upphäva förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning. Kammarrätten ansåg med hänvisning till Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 att för-

valtningsrätten, i enlighet med 10 § förvaltningsprocesslagen, borde ha kommunicerat BMG:s ansökan om överprövning med Mama Mia och Avesina när förvaltningsrätten övervägde den aktuella utgången i målet. Att så inte skedde var enligt kammarrätten en brist av sådan art att förvaltningsrättens dom skulle upphävas och målet visas åter dit för ny handläggning.

Förvaltningsrätten beslutade den 4 juli 2011 interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

Vad parterna anförde i förvaltningsrättens mål nr 973-11

BMG anförde sammanfattningsvis följande. Regionen har satt upp som ett krav att anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning ska vara eller bedömas kunna bli av erforderlig styrka och stabilitet. I syfte att Regionen ska kunna bedöma detta har det uppställts ett skall-krav att ”senaste balansräkning/årsredovisning från anbudsgivande företag samt i förekommande fall moderbolag/koncern skall bifogas anbudet”. Såväl Mama Mia som Avesina har brutet räkenskapsår som löper fr.o.m. den 1 maj t.o.m. den 30 april och har till sina anbud bifogat årsredovisningar avseende perioden den 1 maj 2008 – den 30 april 2009. Tidsfristen att inkomma med anbud var, efter förlängning, den 26 november 2010. Enligt 7 kap. 10 § aktiebolagslagen ska en årsredovisning fastställas senast sex månader från räkenskapsårets utgång, vilket för Mama Mia och Avesina innebar den 30 oktober 2010, dvs. ca en månad före sista dag för ingivande av anbud. Mama Mia och Avesina har därmed inte bifogat ”senaste balansräkning/årsredovisning” till respektive anbud varför anbudena rätteligen skulle ha förkastats.

Att det var den senaste hos Bolagsverket registrerade/årsredovisningen som efterfrågades i förfrågningsunderlaget är en efterhandskonstruktion som går stick i stäv med det syfte som enligt Regionen låg bakom detta krav, nämligen att Regionen skulle kunna kontrollera att leverantörens ekonomiska och finansiella ställning var eller kunna bli av erforderlig styrka och stabilitet. Med Regionens resonemang och utifrån den granskning som Regionen har genomfört av de "gamla" årsredovisningarna som Mama Mia och Avesina har bifogat respektive anbud, har Regionen inte kontrollerat hur deras ekonomiska och finansiella ställning är eller kan förväntas bli utan hur den har varit. I detta sammanhang ska anföras att det krav som föreligger avseende registrering av årsredovisningar hos Bolagsverket endast är en formföreskrift. Hade Regionen menat att det skulle vara fråga om senaste registrerade årsredovisningen hade Regionen haft att ange detta.

Styrelsen i Mama Mia har antagit årsredovisningen för räkenskapsåret den 1 maj 2009 – den 30 april 2010 genom att underteckna densamma den 27 oktober 2010. Samma dag har revisorn lämnat sin revisionsberättelse och undertecknat årsredovisningen. Revisorn har således haft en årsredovisning att granska den 27 oktober 2010, dvs. en månad före det att anbudet i upphandlingen skulle vara Regionen tillhanda. Vid denna tidpunkt uppfyllde årsredovisningen samtliga de delar som krävs för att det ska vara fråga om en årsredovisning enligt årsredovisningslagen. Dessutom har aktieägarna fastställt den resultat- och balansräkning som årsredovisningen innehöll genom bolagsstämmobeslut den 27 oktober 2010.

Styrelsen i Avesina har på motsvarande sätt antagit årsredovisningen för räkenskapsåret 1 maj 2009 – den 30 april 2010 genom att underteckna densamma den 25 oktober 2010. Den 29 oktober 2010 har revisorn lämnat sin revisionsberättelse och undertecknat årsredovisningen. Revisorn har således haft en årsredovisning att granska den 29 oktober 2010, dvs. knappt en

månad före det att anbudet i upphandlingen skulle vara Regionens tillhanda. Vid denna tidpunkt uppfyllde årsredovisningen samtliga de delar som krävs för att det ska vara fråga om en årsredovisning enligt årsredovisningslagen. Avesina har genom att bifoga årsredovisning avseende räkenskapsåret den 1 maj 2008 – den 30 april 2009 inkommit med den näst senaste årsredovisningen. Avesina har alltså inte inkommit med vare sig senaste balansräkning eller årsredovisning och uppfyller således inte aktuellt skall-krav. Dess anbud skulle rätteligen ha förkastats.

I detta sammanhang ska nämnas att aktieägarna i Avesina har fastställt resultat- och balansräkningen genom bolagsstämmobeslut den 29 november 2010, dvs. en månad för sent enligt 7 kap. 10 § aktieförelagslagen. Att inkomma för sent med årsredovisningar har enligt praxis ansetts utgöra bokföringsbrott. Även det faktum att Avesina har inkommit med årsredovisningen till Bolagsverket för sent är tillräckligt för att Avesinas anbud skulle ha förkastats eftersom detta inte ligger inom ramen för en stark och stabil ekonomisk och finansiell ställning.

Vidare har Regionens uppställt ett skall-krav innebärande att anbud ”skall innehålla en redovisning av den plan (verksamhetsidé) som anbudsgivaren har för att driva och utveckla den hälso- och sjukvård som anbudet omfattar”. Varken Mama Mias eller Avesinas anbud innehåller en redovisning av den plan (verksamhetsidé) som anbudsgivaren har för att driva och utveckla den hälso- och sjukvård som anbudet omfattar varför såväl Mama Mias som Avesinas anbud skulle ha förkastats då de inte uppfyller detta skall-krav.

I kravspecifikationen finns också ett krav om att ”leverantörer skall vid behov tillhandahålla psykologstöd under graviditet. Psykologinsatserna ska genomföras utifrån en behovsbedömning av behandlande barnmorska och läkare. Psykologinsatserna bekostas av leverantören”. Vidare är angivet i

bilaga till förfrågningsunderlaget att bl.a. psykolog ska vara knuten till mottagningen. Varken Mama Mias eller Avesinas anbud tillhandahåller psykolog knuten till mottagningen. Genom att inte uppfylla detta skall-krav har dessa båda anbudsgivare getts en möjlighet att lämna lägre pris i sina respektive anbud än vad BMG kunnat. Även p.g.a. nämnda brister avseende angivelse av verksamhetsidé och psykologstöd borde Mama Mias och Avesinas anbud inte ha utvärderats.

Regionen anförde i huvudsak följande. Kravet på att anbudsgivande företag till anbudet ska bifoga "senaste balansräkning/årsredovisning" syftar till att ge Regionen möjlighet att kontrollera att leverantörens finansiella och ekonomiska ställning är av erforderlig styrka och stabilitet. Mama Mia och Avesina har inkommit med årsredovisningar avseende räkenskapsår 2008/2009. Regionen har dock efter kontroll med bolagsregistret funnit att det vid tiden för sista dagen för inkommande med anbud inte fanns någon godkänd och registrerad årsredovisning avseende räkenskapsåret 2009/2010. Detta gäller för både Mama Mia och Avesina. Det har inte ställts något krav på annat än senaste årsredovisningen vilket inte gett vare sig Mama Mia eller Avesina någon anledning att tro annat än att Regionen avsett den senast registrerade årsredovisningen. Detta innebär att Mama Mia och Avesina uppfyllt ställt skall-krav varför deras anbud kvalificerat sig till utvärderingen.

Regionen delar inte BMG:s uppfattning om att en registrering hos Bolagsverket endast är en formföreskrift. En registrering är ett lagkrav enligt 6 kap. 2 § bokföringslagen. En av styrelsen fastställd årsredovisning kan även ändras i efterhand. Ändringen sker vid en extra bolagsstämma och kan ske fram till dess att registrering skett hos Bolagsverket. Med beaktande av detta har Regionen valt att ha som praxis att begära in den årsredovisning som finns registrerad och offentliggjord hos Bolagsverket. Det finns inga skäl för att Regionen inte skulle kunna göra en korrekt bedöm-

ning av anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning utifrån den senaste registrerade årsredovisningen. Skulle det under tiden fram till det att Regionen fattar beslut om tilldelning hinna publiceras en senare årsredovisning finns inga hinder för Regionen att själv inhämta denna från Bolagsverket. Så länge det inte finns någon lagakraftvunnen dom om bokföringsbrott saknas anledning att utesluta Avesina på den grunden. Regionen anser inte heller att en eventuell försening av ett bolagsstämmobeslut hos Avesina skulle vara ett skäl för att inte bedöma deras ekonomiska och finansiella ställning som stark och stabil.

Både i Mama Mias och Avesinas anbud finns det i bilagor, väl utvecklade redovisningar av deras plan för hur de ska driva och utveckla den hälso- och sjukvård som anbudet omfattar. Med hänvisning till att det i förfrågningsunderlaget inte ställts något krav på en separat redovisning av verksamhetsidén är Mama Mias och Avesinas redovisningar fullt tillräckliga och uppfyller ställt skall-krav.

Det finns inte något krav på att det i anbuden ska anges namn eller andra uppgifter om psykologkontakten. Kravet avser endast, vilket bedöms som fullt tillräckligt, att anbudsgivaren bekräftar att den uppmärksammat kravet vad avser psykologinsatserna. Eftersom båda anbuden innehåller en accept av kravet på psykologstöd har även denna kostnad inkluderats i anbudets pris varför samma förutsättningar förelegat vid utvärderingen av alla tre anbuden.

Urvalskriterier och deras viktning har angetts i förfrågningsunderlaget och någon risk för feltolkningar eller oklarheter har inte funnits i den information som lämnats. Med hänsyn till utvärderingsmodellen i denna upphandling har det inte funnits något ytterligare sätt att informera anbudsgivarna om hur utvärderingsfasen skulle ske. Någon brist ifråga om kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU finns alltså inte i förfrågningsunderlaget.

Vad parterna anför i förevarande mål

Mama Mia yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska avslå BMG:s ansökan. I andra hand – för det fall förvaltningsrätten skulle finna skäl att bifalla BMG:s ansökan om överprövning – yrkar Mama Mia att förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Som grund för Mama Mias förstahandsyrkande anføres att dess anbud uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav och att Regionens agerande därför är förenligt med LOU. Det har således inte förekommit något brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LUO. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Mama Mias anbud inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen anføres som ytterligare grund att BMG varken kan lida eller riskera lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU eftersom BMG självt inte har uppfyllt alla skall-krav i upphandlingen. Som grund för andrahandsyrkandet anføres att det aktuella skall-kravet avseende årsredovisning, för det fall det ska tolkas som BMG gör gällande, har varit otydligt utformat på ett sätt som innebär en överträdelse av principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Mama Mia instämmer i vad Regionen anført i förvaltningsrätten i mål nr 973-11 och i kammarrätten och anför därutöver i huvudsak följande. Regionen har i förfrågningsunderlaget inte uttryckligen efterfrågat den senast fastställda årsredovisningen och inte heller den senast registrerade, utan bara senaste årsredovisning. Mama Mia hade därför inte anledning anta att det var någon annan årsredovisning än den senast hos Bolagsverket inkomna och registrerade som avsågs. Med stöd av 10 kap. 2 § LOU och ett avgörande i Högsta förvaltningsdomstolen, RÅ 2005 ref. 47 görs gällande att en upphandlande myndighet får inhämta upplysningar om anbudsgivares ekonomiska förhållanden även efter anbudstidens utgång. Mama Mia har av Regionen i december 2010, dvs. efter det att den nu se-

Såväl när det gäller skall-kravet beträffande angivande av plan (verksamhetsidé) för att driva den hälso- och sjukvård som anbudet omfattar som kravet på att inom verksamheten vid behov tillhandahålla psykologstöd under patients graviditet instämmer Mama Mia i vad Regionen tidigare anført.

En leverantör måste kunna visa att han har lidit, eller åtminstone riskerar att lida, skada till följd av en upphandlande myndighets agerande i strid med LOU för att en förvaltningsdomstol ska kunna förordna om åtgärder enligt LOU. Om leverantören, även om den påstådda överträdelsen inte skulle ha ägt rum, inte skulle ha kunnat vinna upphandlingen, kan leverantören varken lida eller riskera att lida skada ens för det fall det skulle föreligga en överträdelse av LOU.

BMG:s anbud brister i flera avseenden vad gäller uppfyllelse av skallkraven i upphandlingen. Bl.a. uppfyller inte de av BMG ingivna referenserna kraven i förfrågningsunderlaget. I avsnittet 2.15.1 anges ett skallkrav om att referenser för offererad verksamhetschef och medicinskt ansvarig ska ges in och att referenserna ska styrka att de offererade befattningshavarna har kompetens i enlighet med de krav som ställs i upphandlingen. För den offererade verksamhetschefen har BMG gett in fyra referenser. Tre av dem är utställda av en advokat, en beteendevetare och en präst tillika legitimerad psykoterapeut. Ingen av de tre har dock den formella kompetens eller de kvalifikationer som krävs för att kunna lämna relevanta och välgrundade omdömen i fråga om den erbjudna verksamhetschefen uppfyller upphandlingens krav på medicinsk kompetens och erfarenhet. Den fjärde referensen har ställts ut av en läkare. Denne är dock i upphandlingen av BMG offererad som medicinskt ansvarig. Han har således ett personligt intresse av att utfallet i upphandlingen blir att BMG tilldelas kontrakt. Det föreligger därmed jävssituation. Sammanfattningsvis har BMG således inte gett in någon referens som styrker att den offererade

verksamhetschefen uppfyller de ställda kraven på kompetens och erfarenhet.

Vidare brister BMG:s anbud i uppfyllelse av skall-kravet i anbudsinvjudan, avsnitt 2.15.1, om ingivande av en plan för etablering av verksamheten. Planen ska vara utformad i enlighet med bilaga 17 till förfrågningsunderlaget. Att det är fråga om ett skall-krav att fylla i bilaga 17 i enlighet med anvisningarna framgår av själva bilagan. Enligt bilagan ska anbudsgivaren bl.a. redogöra för "tidigare erfarenhet av att starta upp en ny verksamhet eller ta över befintlig verksamhet". BMG redogör dock inte i sitt anbud på något sätt för vilken erfarenhet bolaget har i dessa avseenden. BMG har därför inte uppfyllt det nu diskuterade skall-kravet.

Eftersom BMG:s anbud har brister som innebär att BMG inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen kan bolaget varken lida eller riskera lida skada ens för det fall Regionen skulle ha brutit mot LOU genom att anta Mama Mias anbud. Detta eftersom BMG oavsett den påstådda överträdelsen inte skulle ha kunnat tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Mama Mia anser att frågan om BMG kan lida skada eller riskera att lida skada ens om Mama Mias anbud skulle vara bristfälligt måste kunna prövas inom ramen för förevarande mål. Det avgörande i Kammarrätten i Göteborg som BMG hänvisar till (dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09) är nästan två år gammalt och saknar numera såväl aktualitet som relevans. Av Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) beslut den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10 framgår motsatsvis att en anbudsgivare som i enlighet med HFD:s beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 beretts möjlighet att yttra sig inte har möjlighet att därefter ansöka om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut varigenom anbudet har förkastats. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Mama Mias anbud ska förkastas skulle bolaget således inte ha möjlighet att ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslut

som därefter meddelas. Till saken hör också att Mama Mia, som tilldelats kontrakt i upphandlingen, varken haft talerätt enligt 16 kap. 1 § LOU eller något incitament att tidigare ansöka om överprövning av upphandlingen. Det är således endast inom ramen för förevarande mål som Mama Mia kan tillvarata sin rätt och få denna prövad. Om Mama Mia nekas denna rätt skulle det utgöra en otillåten inskränkning i EU-rättens grundläggande principer om rätten till effektiva rättsmedel.

Avesina har beretts tillfälle att yttra sig bl.a. över vad BMG anfört i målet samt i förvaltningsrättens mål nr 973-11 men har inte avhört.

Regionen vidhåller vad som tidigare anförts i förvaltningsrätten i mål nr 973-11 och i kammarrätten i mål nr 3349-11. Regionen instämmer även i vad Mama Mia anfört i målet samt tillägger följande. Regionen har inte i någon form begärt att Mama Mia skulle inkomma med den senare årsredovisningen. Denna har sänts till Regionen av Mama Mia på eget initiativ och först efter det att kvalificering och utvärdering av inkomna anbud har skett. Det innebär att den senare inkomna årsredovisningen inte har haft någon betydelse eller legat till grund för något beslut i upphandlingen.

Regionen anser att det bör vara den som upphandlar som ställer de krav i förfrågningsunderlaget som bedöms ha betydelse för avtalet. Det bör därmed även vara den som upphandlar som bedömer om ett krav är uppfyllt eller inte. Sammanfattningsvis bör därför Regionens kvalificering av inkomna anbud accepteras av övriga anbudsgivare så länge bedömningen inte har sådana brister att den strider mot gällande principer och övriga regler i LOU. Regionen anser det visat att Mama Mias anbud uppfyller ställda skall-krav och att Regionens agerande inte strider mot LOU. BMG har därmed inte kunnat lida någon skada varför grund saknas för att bifalla dess yrkanden.

BMG vidhåller de yrkanden som bolaget har framfört i förvaltningsrättens mål nr 973-11, dvs. i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny värdering ska genomföras där anbudet från Mama Mia och Avesina inte ska ingå. I andra hand, för det fall att förvaltningsrätten inte finner skäl att bifalla BMG:s förstahandsyrkande, yrkas att upphandlingen ska göras om.

BMG vidhåller de grunder som bolaget har anfört i förvaltningsrättens mål nr 973-11 och i Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3349-11 med tillägg enligt nedan.

Enligt vad Mama Mia anför har Regionen i december 2010, dvs. efter anbudstidens utgång, uppmanat Mama Mia att inkomma med senaste årsredovisningen. Detta innebär att Regionen låtit Mama Mia komplettera sitt anbud i syfte att uppfylla ett uppställt skall-krav efter det att anbudstiden har löpt ut, dvs. läka det bristfälliga anbudet. Det kan inte tolkas på annat sätt än att Regionen genom det aktuella skall-kravet har velat få del av den senaste årsredovisningen eller balansräkningen och ingenting annat. Regionens agerande i detta avseende står i strid med likabehandlingsprincipen.

Regionen gör å sin sida gällande att Mama Mia på eget initiativ har kompletterat sitt anbud med den senaste årsredovisningen. Regionen gör också gällande att den senaste årsredovisningen har inkommit efter det att kvalificering och utvärdering av respektive anbud skett, vilket rimligen bör vara i nära anslutning till den 21 januari 2011 då tilldelningsbeslutet meddelades. Om Regionen har beaktat den senaste årsredovisningen vid kvalificeringen har Mama Mia tillåtits, alternativt uppmanats, att göra en otillåten komplettering av bolagets anbud. Om Regionen inte har beaktat den senaste årsredovisningen har Regionen kvalificerat ett anbud som inte uppfyller det aktuella skall-kravet.

Vid den upphandling som föregick den nu aktuella använde Regionen en identisk ordalydelse, ”senaste balansräkning/årsredovisning”, i förfrågningsunderlaget. Mama Mia lämnade där ett anbud före anbudstidens utgång och bifogade en årsredovisning som varken var godkänd eller offentliggjord. I den upphandlingen ansåg alltså såväl Mama Mia som Regionen att vad som avsågs med ”senaste balansräkning/Årsredovisning” var en årsredovisning som varken var inkommen till eller registrerad av Bolagsverket. Det är uppenbart felaktigt, som påståtts av Mama Mia och Regionen, att det inte fanns anledning anta att skall-kravet avsåg någon annan årsredovisning än den hos Bolagsverket senast registrerade respektive att formuleringen har denna betydelse enligt sedvanligt språkbruk i de upphandlingar inom hälso- och sjukvårdtjänster som Regionen har genomfört. Det noteras också att Regionen i exempelvis upphandlingen ”Läkarkonsulter – specialistläkare, SN 289-2011” anger att ”senaste registrerade årsredovisning hos Bolagsverket ... ska bifogas anbudet”. Det är uppenbart att Regionen i förevarande fall menat det som framgår av ordalydelsen, dvs. senaste balansräkning/årsredovisning och inget annat. Det är också uppenbart att Regionen genom skall-kravet velat få tillgång till det färskaste material som fanns att tillgå och inget annat, vilket Regionen har vitsordat.

Förevarande mål har uppkommit genom ansökan från BMG, vars anbud har utvärderats och godkänts av Regionen. Saken i målet omfattar därmed inte i vad mån BMG:s anbud uppfyller samtliga skall-krav. Vad Mama Mia anför i detta avseende ligger därför utanför ramen för målet och kan inte föranleda prövning. Detta framgår av Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09.

I upphandlingen finns inte några uppställda formella krav på kompetens eller kvalifikationer avseende begärda referenser. Vidare står det klart att BMG lämnat referenser och att Regionen har gjort bedömningen att den

offererade verksamhetschefen har den kompetens och erfarenhet som upphandlingen kräver.

Vad gäller erfarenheter av att starta upp ny verksamhet eller ta över befintlig verksamhet kan det nämnas att det är BMG som idag bedriver den aktuella verksamheten och att ett övertagande av densamma därför inte är möjligt. Det som kan bli aktuellt är således ett överlämnande av verksamheten till annan anbudsgivare och hur ett sådant överlämnande kan säkerställas. Detta har BMG beskrivit och uppfyller därmed ifrågavarande skalkrav och dess syfte. Vidare har BMG i sitt anbud redogjort för bolagets historia, vilket innebär en beskrivning av den erfarenhet BMG har av att starta upp en ny verksamhet. BMG uppfyller således det aktuella skalkravet även mot den bakgrunden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av handlingarna i förvaltningsrättens mål nr 973-11 framgår att upphandlingen påbörjades den 30 juni 2010. LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 är således tillämplig i målet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestäm-

melse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska ifrågavarande förvaltningsdomstol besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I anbudsinbjudan, punkten **2.11 Anbudsprövning**, anges bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget ställs en rad krav på kvalitet som s.k. skall-krav. Exempel på sådana krav är krav på kompetens, erfarenhet, medicinsk praxis och god vård. Om anbudsgivaren inte uppfyller dessa krav prövas inte anbudet. Anbudsprövningen kommer att ske i tre steg.

Steg 1, prövning mot obligatoriska krav på leverantören. Leverantören som företag, bedöms utifrån kraven som ställs på anbudsgivaren. Uppfylls inte dessa (lämnas inte alla begärda uppgifter) förkastas anbudet och prövas ej vidare. Denna bedömning görs på de uppgifter som lämnas under rubrikerna "Leverantörens finansiella och ekonomiska ställning" samt "Leverantörens tekniska förmåga och kapacitet".

Steg 2, prövning av obligatoriska krav på tjänsten. Bedömning görs om ställda skallkrav på kvalitet avseende tjänsten är uppfyllda. Bedöms anbudsgivaren/anbudet klara steg två går anbudet vidare till utvärdering.

Steg 3, utvärdering. Vid utvärderingen kommer det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt att antas med hänsyn tagen till följande kriterier: Pris, viktning 96 %. Kvalitetscertifiering, viktning 4 %.

I anbudsinbjudan, punkten **2.7.2 Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning**, anges följande. Leverantörens finansiella och ekonomiska ställning ska vara eller bedömas kunna bli av erforderlig styrka och stabilitet. Senaste balansräkning/årsredovisning från anbudsgivande företag samt i förekommande fall moderbolag/koncern ska bifogas anbudet.

I svarsformulär – checklista för anbud, punkten 2.8.2, anges följande.

Senaste balansräkning/årsredovisning från anbudsgivande företag samt i förekommande fall moderbolag/koncern ska bifogas anbudet.

I anbudsinbjudan punkten 2.15.1 Kompetenskrav (teknisk förmåga och kapacitet) anges bl.a. följande.

Verksamhetschef och den som kommer att ha det medicinska ledningsansvaret (om verksamhetschefen inte är läkare) ska vara väl förtrogna med de lagar och förordningar, föreskrifter och allmänna råd som gäller för hälso- och sjukvården i allmänhet, med Regionens mål och riktlinjer samt kraven på mödrahälsovård enligt detta förfrågningsunderlag.

Anbudet ska innehålla följande.

- Bekräftelse av att alla skall-krav är uppfyllda.
- Namn och meritförteckning på tilltänkt verksamhetschef samt meritförteckning för medicinskt ansvarig läkare. Meritförteckning ska innehålla uppgifter om anställningstid, teoretisk kompetens och yrkeserfarenhet.
- Referenser som styrker att den tilltänkte verksamhetschefen respektive medicinskt ansvarig har kompetens och erfarenhet i enlighet med ställda krav. Beställaren förbehåller sig rätten att själv söka referenser.
- Plan för etablering av verksamheten.

I kravspecifikationen till anbudsinbjudan punkten 4.1 fjärde stycket anges följande. Leverantören ska vid behov tillhandahålla psykologstöd under graviditet. Psykologinsatserna ska genomföras utifrån en behovsbedömning av behandlande barnmorska eller läkare. Psykologinsatserna bekostas av leverantören. I punkten 4.2 sista stycket anges följande. Anbudet ska innehålla en redovisning av den plan (verksamhetsidé) som an-

budsgivaren har för att driva och utveckla den hälso- och sjukvård som anbudet omfattar.

Förvaltningsrättens bedömning

Först får ställning tas till prövningsramen i målet. Mama Mia har yrkat att BMG:s ansökan ska avslås på den grunden att dess anbud inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav och att BMG därför inte lidit eller kan komma att lida någon skada även om upphandlingen resulterar i att annan anbudsgivare erbjuds att teckna avtal med Regionen.

Förevarande mål har ursprungligen uppkommit genom att BMG, vars anbud utvärderats av Regionen, ansökt om överprövning av upphandlingen. I praxis har saken i en sådan situation inte ansetts omfatta huruvida det var rätt av den upphandlande myndigheten att låta anbudet från den leverantör som ansökt om överprövningen delta i myndighetens utvärdering av anbud. Vid förvaltningsdomstols prövning har i sådana fall inte behandlats i sak i vad mån den sökande partens anbud uppfyller alla skall-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Den frågan har inte ansetts falla inom prövningsramen.

Enligt förvaltningsrättens mening medför inte Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 7 juni 2011, HFD 2011 ref. 29, någon förändring av denna praxis. Innebörden av avgörandet är att en leverantör vars anbud kvalificerat sig för utvärdering, men som angrips av annan leverantör som ansökt om överprövning av upphandlingen i förvaltningsdomstol, ska ges tillfälle att bemöta angreppen om domstolen överväger att förordna om rättelse som innebär att leverantören utesluts från det fortsatta förfarandet. Vidare framgår av avgörandet att den angripne leverantören har rätt att överklaga domstolens beslut om detta innebär att leverantörens anbud inte får delta i en förnyad utvärdering. Den angripne leverantören ska således i en sådan situation som den nu diskuterade tilldelas partsställning i målet.

Däremot kan inte utläsas av HFD:s avgörande att avsikten varit att ramen för förvaltningsdomstolens prövning i sak skulle utvidgas, t.ex. genom att en leverantör som ansökt om överprövning och vars anbud i upphandlingen kvalificerat sig för utvärdering skulle kunna uteslutas ur upphandlingen. Inte heller kan detta, som Mama Mia gör gällande, motsatsvis utläsas av HFD:s beslut den 14 juni 2011 i mål nr 711-10.

Av det nu sagda följer att prövningsramen i målet inte omfattar frågan i vad mån BMG:s anbud uppfyller i upphandlingen uppställda skall-krav. Mama Mias yrkande att BMG:s ansökan ska avslås på grund av sådana brister i dess anbud kan därmed inte prövas i sak av förvaltningsrätten.

Frågan blir härfter i vad mån Mama Mias och Avesinas anbud uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna obligatoriska kraven på leverantören (steg 1), vilket enligt utvärderingsmodellen är en förutsättning för att de offererade tjänsterna över huvud taget ska bedömas (steg två och tre).

I inbjudan till anbudsgivning har det ställts ett obligatoriskt krav på att leverantörens finansiella och ekonomiska ställning ska vara eller bedömas kunna bli av erforderlig styrka och stabilitet. Vidare anges att ”senaste balansräkning/årsredovisning från anbudsgivande företag samt i förekommande fall moderbolag/koncern ska bifogas anbudet”. BMG gör gällande att Mama Mias och Avesinas anbud inte uppfyller detta skall-krav eftersom bolagen inte bifogat den senaste balansräkningen eller årsredovisningen.

Såväl av syftet med det obligatoriska kravet att till anbudet bifoga senaste balansräkning/årsredovisning som av dess utformning måste slutsatsen dras att Regionens avsikt varit att få tillgång till ett aktuellt material. Det framstår då inte som rimligt att kravet skulle inkludera en innebörd som medför att Regionen inte fick tillgång till de senast fastställda årsredovisningarna utan endast till redovisningar som avspeglade en period som av-

slutades över ett och ett halvt år tidigare. Den rimliga tolkningen av skallkravet måste i stället vara att kravet avser den senaste årsredovisning som enligt lag ska ha lagts fram för ordinarie bolagsstämma eller den senaste balansräkning som ska ha fastställts före anbudstidens utgång. Förvaltningsrätten anser således att det aktuella skallkravet formulerats med tillräcklig tydlighet i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget kan således inte i detta avseende anses strida mot principen om transparens i LOU.

Det är ostridigt och klarlagt i målet att såväl Mama Mia som Avesina har brutet räkenskapsår som löper fr.o.m. den 1 maj t.o.m. den 30 april samt att de till sina anbud bifogat årsredovisning och koncernredovisning för räkenskapsåret den 1 maj 2008 – den 30 april 2009. Tidsfristen, efter förlängning, för att inkomma med anbud sträckte sig till den 26 november 2010. Det har obestritt framkommit att årsredovisningen för räkenskapsåret den 1 maj 2009 – den 30 april 2010 lades fram för Mama Mias bolagsstämma den 29 oktober 2010 och att bolagsstämma samma dag fastställde balansräkningen för räkenskapsåret. För Mama Mias del förelåg alltså en upprättad årsredovisning och formellt fastställd balansräkning för räkenskapsåret 2009/2010 ungefär en månad före utgången av tidsfristen för att lämna anbud. Den årsredovisningen måste då anses vara den senaste när anbudstiden gick ut. Mama Mia har således inte bifogat den senaste årsredovisningen till sitt anbud och har därmed inte uppfyllt det skallkravet.

Styrelsen för Avesina har antagit årsredovisningen för räkenskapsåret 2009/2010 den 25 oktober 2010. Den 29 oktober 2010 har revisorn lämnat sin revisionsberättelse och undertecknat årsredovisningen. En upprättad årsredovisning förelåg alltså den 29 oktober 2010. Avesinas anbud kan därmed inte heller anses uppfylla det nu diskuterade skallkravet.

Mama Mia har gjort gällande att Regionen med stöd av 10 kap. 2 § LOU och rättsfallet RÅ 2005 ref. 47 efter anbudstidens utgång har rekviderat Mama Mias årsredovisning för räkenskapsåret 2009/2010 och att bolagets anbud därmed före det att tilldelningsbeslutet fattades uppfyllde det aktuella skall-kravet. Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU ger den upphandlande myndigheten rätt att dels utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen om någon av där angivna omständigheter föreligger, dels begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund att utesluta leverantören med stöd av de angivna omständigheterna. Bestämmelsens syfte får anses vara att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utesluta en leverantör om vissa betydande missförhållanden finns. Det är således fråga om en särskilt reglerad kontrollfunktion som innebär att en leverantör under vissa omständigheter kan uteslutas ur en upphandling även om leverantören och dennes anbud uppfyller alla skallkrav som ställts upp i inbjudan att lämna anbud. I förevarande fall är emellertid fråga om leverantörer vars anbud inte uppfyller alla skallkrav i Regionens förfrågningsunderlag, där det uttryckligen anges att anbud som inte uppfyller alla skallkrav (inte lämnar alla begärda uppgifter) ska förkastas. Frågan är således inte om Regionen i kontrollsyfte hade rätt att begära in senaste årsredovisningen från Mama Mia efter anbudstidens utgång. Vad saken gäller är istället om Regionen genom att infordra den senaste årsredovisningen efter anbudstidens utgång med hänsyn till de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU kunnat läka bristerna i det ursprungliga anbudet och därigenom kvalificera anbudet för utvärdering. Enligt förvaltningsrättens mening måste ett sådant förfarande strida mot LOU:s principer om likvärdig behandling och öppenhet.

BMG har även anfört att Mama Mias och Avesinas anbud inte uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget att i anbudet redovisa ”den plan (verksamhetsidé) som anbudsgivaren har för att driva och utveckla den sjuk- och hälsovård som anbudet omfattar” och att ”vid behov tillhandahåll-

la psykologstöd under graviditet". I denna fråga instämmer förvaltningsrätten i den uppfattning som Regionen gett uttryck för. Rätten anser således att det som framkommit i målet inte visar annat än att Mama Mias och Avesinas anbud uppfyller de nyss angivna skall-kraven.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten sålunda att Mama Mias och Avesinas anbud inte uppfyller alla de skall-krav som finns angivna i upphandlingens förfrågningsunderlag. Regionen har ändå utvärderat anbuden och rangordnat dem som etta och tvåa. Regionen får därmed anses ha brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom detta har medfört att BMG lidit eller riskerar att lida skada finns förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. Det har inte framkommit några allvarliga brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Skäl saknas därmed att besluta om att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen ska rättas på så sätt utvärderingen av inkomna anbud ska göras om, varvid anbuden från Mama Mia och Avesina inte får beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.